

## EDITORIAL

### **La sentència del Tribunal Suprem dels Estats Units en el cas Kiobel: un pas enrere per a l'accés a la justícia en matèria ambiental i de drets humans**

La Sentència de 17 d'abril de 2013 del Tribunal Suprem dels Estats Units, en l'afer Kiobel, comporta una restricció greu a les possibilitats d'utilitzar l'Alien Tort Claims Act (ATCA) de 1789 per reclamar, davant dels tribunals federals nordamericans, una compensació en via civil per les violacions greus de drets humans i altres vulneracions del dret internacional.

La norma, de text breu, estableix que els tribunals de districte tenen jurisdicció per conèixer de qualsevol acció civil interposada per un estranger per un greuge (*tort*) comès en violació del dret de gents o d'un tractat dels Estats Units (28 U.S.C. § 1350 (2004)). Després d'estar en desús durant dècades, ha estat utilitzada, no sense dificultats, per reclamar reparacions derivades de violacions als drets humans des del cas Filártiga, al 1980 (*Filártiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 870, 890 (2nd Cir. 1980)). Després del cas Filártiga, que va afirmar el caràcter consuetudinari de la norma que prohibeix la tortura, altres casos han anat ampliant progressivament l'elenc de supòsits susceptibles de reclamació a través de l'ATCA, tot incloent, per exemple, supòsits de detencions arbitràries perllongades, d'execucions extrajudicials, de crims de guerra, de genocidi o de crims contra la humanitat. Progressivament, un nombre considerable d'empreses han estat també demandades per complicitat en aquest tipus de crims.

El cas Kiobel ens trasllada al Delta del Níger, una de les zones humides i dels ecosistemes marins més importants del món. L'impacte sobre el medi ambient de l'extracció de petroli a Nigèria durant cinc dècades per part de diferents empreses ha estat gravíssim a causa de la crema dels gasos procedents de les operacions per a l'obtenció de cru, dels vessaments continuats i de la deforestació. Molts nigerians i nigerianes han viscut tota la seva vida en contacte físic amb el petroli, per la qual cosa l'impacte negatiu sobre la seva salut, la seva economia de subsistència i la seva qualitat de vida és impossible de valorar en termes monetaris.

Segons l'informe *Environmental Assessment of Ogoniland*, encarregat pel Programa de les Nacions Unides per al Medi Ambient, amb finançament de Shell, que es va fer públic a l'agost de 2011, la regió és la zona més contaminada del món, ja que s'hi ha

abocat durant cadascun dels darrers cinquanta anys l'equivalent al vessament causat l'any 1989 pel petrolier Exxon Valdez a Alaska. La recuperació total de la regió requeriria entre 25 i 30 anys de feina, amb un cost aproximat només en els cinc primers anys de mil milions de dòlars. Royal Dutch Shell opera a Nigèria des del 1957, fent-ho actualment a través de la seva filial Shell Petroleum Development Company of Nigeria (SPDC), operadora d'un consorci en el que també participen Nigerian National Petroleum Corporation (NNPC), Elf Petroleum Nigeria Ltd. i Agip Nigeria Plc.

Durant aquests anys Shell ha col·laborat amb els diferents governs nigerians en diferents moments per reprimir l'oposició popular a la continuació de la seva activitat a la regió, tot facilitant les seves infraestructures i suport logístic, així com finançant les tropes governamentals. Als anys vuitanta la repressió va ser particularment dura amb el poble Ogoni —que habita la regió del mateix nom, a l'estat federat de Rivers— i l'organització que liderava l'oposició, el Moviment per a la Supervivència del Poble Ogoni (MOSOP). Al 1994, a més de la destrucció de desenes de pobles, detencions massives, més de 100.000 desplaçats interns i una xifra estimada de 2.000 civils morts, nou membres del MOSOP van ser detinguts i jutjats sumàriament, condemnats per assassinat i, finalment, executats a la forta l'any següent.

Les accions legals contra Shell han estat continuades durant aquests anys i s'han plantejat a través de diferents vies —òbviament, davant dels tribunals nigerians, però també davant de la Justícia dels Països Baixos, on està domiciliada l'empresa matriu (sentències del Tribunal de Districte de La Haia, de 30 de gener de 2013); davant dels òrgans del sistema africà de protecció dels drets humans (la Comissió Africana de Drets Humans i dels Pobles, va adoptar la seva decisió a l'octubre de 2001); davant del Tribunal de Justícia de la Comunitat Econòmica d'Estats d'Àfrica Occidental (Sentència de 14 de desembre de 2012); i també als Estats Units—.

A l'empara de l'ATCA es van presentar diferents demandes davant dels tribunals federals nordamericans en relació amb la vulneració del dret internacional per part de l'empresa Shell a Nigèria. Les més significatives són les relacionades amb els casos Wiwa —a Ken Saro Wiwa li fan ser concedits el Right Livelihood Award, al 1994, i el Premi Goldman, al 1995, per la seva defensa dels drets humans i el medi ambient— i Kiobel, presentats pels dirigents del MOSOP executats el 1995.

El cas Wiwa, iniciat el 1996, va acabar el juny de 2009, per un acord entre les parts quan la celebració del judici era imminent. L'acord va preveure el pagament d'una

suma total de 15,5 milions de dòlars, que cobria una compensació per als demandants, una part dels costos del procés i l'establiment d'un fideïcomís en benefici del poble ogoni. Durant aquests procediments es va acceptar pel Tribunal del Districte Sud de Nova York l'aplicabilitat de l'ATCA als supòsits de crims contra la humanitat, tortura i detencions arbitràries, mentre que el Tribunal d'Apel·lació del Segon Circuit, a Nova York, va reconèixer l'existència de jurisdicció sobre les empreses demandades —Royal Dutch Shell Petroleum Company, Shell Transport and Trading Company i Shell Petroleum Development Company, la filial de Shell a Nigèria—. D'aquesta manera, es renunciava a l'aplicació de la doctrina del *forum non conveniens*, atesa la condició de residents als Estats Units d'alguns dels demandats i l'interès dels Estats Units a facilitar un fòrum on recórrer davant de les violacions dels estàndards internacionals de drets humans.

El cas Kiobel, per la seva banda, es va iniciar amb la demanda presentada per Esther Kiobel, esposa del Dr. Barinem Kiobel, i altres, al setembre de 2002 contra les mateixes empreses, per la seva col·laboració logística i financera en la repressió contra els ogoni, tot reclamant que les societats demandades fossin declarades còmplices en la comissió de tortures, execucions extrajudicials i altres violacions dels drets humans, de conformitat amb l'ATCA.

Al setembre de 2006, el Tribunal del Districte Sud de Nova York va acceptar les alegacions de tortura, detenció il·legal i crims contra la humanitat com a fonament vàlid per a la demanda. Després de diversos recursos i decisions contradictoris, el 21 de juny de 2010, el Tribunal va considerar que SPDC era una empresa amb seu a Nigèria, que no tenia oficines ni domicili comercial als Estats Units, per la qual cosa no era possible establir la jurisdicció dels tribunals federals sobre la societat, tot desestimant la demanda contra ella.

Tanmateix, la decisió més significativa va tenir lloc el 17 de setembre de 2010, quan el Tribunal d'Apel·lació del Segon Circuit, a Nova York, va declarar que l'ATCA no es podia utilitzar per demandar les empreses, tot considerant que no existia la responsabilitat directa de les empreses en el dret internacional consuetudinari per violació dels drets humans i que aquesta es limitava a les persones físiques. El vot particular del tercer jutge, Pierre N. Leval, va discrepar d'aquest criteri, tot assenyalant que “[d]’acord amb la regla que els meus col·legues han creat, qui obté beneficis de l'explotació comercial dels abusos en relació amb drets humans fonamentals pot

protegir amb èxit aquests beneficis enfront a reclamacions de compensació de les víctimes senzillament prenent la precaució de dur a terme una operació tan odiosa en forma corporativa”.

Al juny de 2011, els demandants van presentar un recurs d’apel·lació davant del Tribunal Suprem, que va ser admès el 17 d’octubre de 2011. El Tribunal havia de pronunciar-se sobre la possibilitat de demandar les empreses, en el marc de l’ATCA, en relació amb violacions greus del dret internacional, consistents en tortures, genocidi o execucions extrajudicials, de la mateixa manera que les persones físiques. Paral·lelament, el criteri del Tribunal d’Apel·lació del Segon Circuit no havia estat seguit per altres tribunals anàlegs que, posteriorment, s’havien pronunciat en sentit contrari, tot afirmant l’aplicabilitat de l’ATCA a les empreses.

Aquesta és la raó de la transcendència de la decisió del Tribunal Suprem nordamericà per al futur de l’aplicabilitat de l’ATCA a les empreses i la preocupació de les organitzacions de defensa dels drets humans davant de la composició de l’òrgan jurisdiccional, amb majoria de magistrats conservadors.

Després de la celebració d’una audiència, el 28 de febrer de 2012, es va fixar una nova vista, a l’octubre del mateix any, per a la qual les parts van ser emplaçades pel Tribunal a presentar escrits complementaris que abordessin una qüestió diferent de la suscitada inicialment, que ja apuntava cap a l’orientació que la majoria pensava donar a la decisió, a saber, si i sota quines condicions l’ATCA permet conèixer en relació amb les violacions del dret internacional que succeeixen fora del territori dels Estats Units (*occurring within the territory of a sovereign other than the United States*).

Efectivament, la Sentència de 17 d’abril de 2013 ha anat en aquest sentit. La majoria del Tribunal, formada pels magistrats Roberts, Scalia, Kennedy, Thomas i Alito, ha assumit una posició construïda, com ha succeït en altres casos fora del marc de l’ATCA —així, per exemple, *Morrison v. National Australia Bank Ltd. et al*, 130 S. Ct. 2869 (2010)—, a partir de la presumpció de que l’ATCA no contempla l’extraterritorialitat, la qual cosa, es justifica a través d’una interpretació gramatical i històrica de la norma, adoptada el 1789. El Tribunal recorda alguns aspectes que ja havia considerat en relació amb l’ATCA en la Sentència *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U. S. 692, 714 (2004), en el sentit de què la llei referida estava pensada per a un nombre limitat d’afers, dels que, en el moment de l’adopció, se’n poden identificar tres: la violació del salconduits, la

vulneració dels drets dels ambaixadors i la pirateria. Cap d'ells suposa necessàriament que hagi de cometre's en el territori d'un altre estat.

A més, la majoria del Tribunal expressa la seva preocupació pel fet que acceptar la posició dels demandants implicaria que altres nacions, aplicant també el dret internacional, podrien sotmetre als ciutadans dels Estats Units a la jurisdicció dels seus tribunals per violacions de normes internacionals que es produeixin als Estats Units o a qualsevol altra part del món. Per a la majoria del Tribunal és important evitar conflictes de lleis amb altres estats, així com la interferència dels tribunals en la política exterior del govern. De tot plegat, s'extreu que els jutges han d'exercir els seus poders el marc de l'ATC amb precaució extrema.

La majoria parteix de què, en l'afer que es discuteix, tots els fets rellevants van tenir lloc fora dels Estats Units —aparentment, el fet que part dels demandants resideixin legalment als Estats Units no sembla tenir cap importància—. A més, assenyala que, fins i tot, si la reclamació afectés al territori dels Estats Units, ho hauria de fer amb un grau suficient com per desplaçar la presumpció en contrari a l'aplicació extraterritorial, tot subratllant que les empreses són habitualment presents a diversos països i que seria anar massa lluny considerar que la mera presència d'una societat als Estats Units és suficient per a l'aplicació de l'ATCA a un cas que la concerneixi. Tanmateix, la majoria no fixa les condicions en què aquesta presumpció seria destruïda, com fa notar la minoria del Tribunal.

La minoria, formada pels magistrats Breyer, Ginsburg, Sotomayor i Kagan, coincideix amb la majoria en considerar que l'ATCA no hauria d'aplicar-se al cas *Kiobel* per inexistència de elements suficients de connexió entre Shell i els Estats Units, per la qual cosa no hi hauria competència personal sobre la societat concernida. Tanmateix, no coincideix amb l'argument principal del seu raonament. Considera, en efecte, que no existeix una presumpció contrària a l'extraterritorialitat de l'ATCA, ja que la pirateria era un dels delictes que, inicialment, es perseguia i no comparteix la posició de la majoria, que entén que aplicar el dret dels Estats Units als pirates no representa imposar-lo a conductes que succeeixen fora del seu territori, ja que la pirateria es comet des de vaixells que tenen alguna bandera, que pot ser la d'un tercer país.

En conseqüència, la minoria entén que la interpretació que assimilava l'ATCA a una mena de jurisdicció civil universal ha de ser restringida als casos que compleixin alguna de les condicions següents: quan l'acte il·lícit al·legat s'hagi comès en el territori dels

Estats Units; quan l'acusat sigui un ciutadà dels Estats Units; o quan la conducta de l'acusat perjudiqui de manera substancial un interès nacional important dels Estats Units, la qual cosa inclou, parafrasejant la Sentència Sosa contra Álvarez Machain, un interès específic en prevenir que els Estats Units es converteixin en un refugi segur per un torturador o un enemic comú de la humanitat (*preventing the United States from becoming a safe harbor —free of civil as well as criminal liability— for a torturer or other common enemy of mankind*).

Resulta evident que la decisió del Tribunal Suprem té una transcendència enorme, no tant pel fet de fer més difícil l'aplicació de l'ATCA a les empreses, com ja s'esperava, sinó per fer molt més difícil el sotmetiment als tribunals dels Estats Units una classe molt més àmplia de supòsits, a saber, les violacions de normes internacionals comeses fora de l'esmentat estat.

Si la posició minoritària al Tribunal no obté més suport, una bona part dels casos en què es demandi a ciutadans o empreses no nordamericans pels fets comesos en tercers països contra ciutadans de tercers països, encara que es tracti de violacions greus dels drets humans, serà, amb tota probabilitat, inadmesa i els Estats Units podran esdevenir un refugi segur per als seus autors. D'altra banda, resta per veure, atesa la parquedat del raonament expressat en relació amb les condicions per trencar la presumpció contrària a l'extraterritorialitat, quina serà la posició de la majoria quan els acusats siguin particulars o empreses nacionals dels Estats Units.

---

### **Involució ambiental i resposta constitucional**

Finalment, com era previsible, la reforma de la Llei de Costes —aprovada mitjançant la Llei 2/2013, de 29 de maig, de protecció i ús sostenible del litoral y de modificació de la Llei 22/1988, de 28 de juliol, de Costes— ha tirat endavant. Ja ens referíem, en l'editorial del darrer número de la Revista a la polèmica que ha envoltat aquesta reforma, que inverteix l'opció legislativa per recuperar i protegir la castigada costa espanyola, per acompanyar el procés de degradació i ocupació que aquesta ha patit, malgrat les pròpies previsions legals, en els anys de la bombolla immobiliària.

La idea que subjeu a la reforma és, fonamentalment, allargar el període de concessions sobre el domini públic maritimoterrestre a 75 anys, tot postposant el final del termini de concessió, que finalitzava el 2018, i, en certa manera, consolidant l'ocupació i explotació del litoral a mans privades, amb la consegüent externalització dels costos ambientals en el conjunt de la societat, mentre que els beneficis econòmics immediats —i no sostenibles— són gaudits justament pels seus membres més afortunats.

És obvi que hi ha molts detalls en aquesta reforma, que meritarà un estudi més reposat, però la partitura general reposa sobre tres assumpcions fonamentals que justifiquen aquesta editorial: el sacrifici del medi ambient a una economia agressiva d'explotació immediata que trasllada una part molt important dels seus costos a les generacions futures, la posada a disposició dels actors privats en millor situació econòmica del domini públic —amb una socialització dels costos i una privatització dels beneficis en relació amb el seu ús—, i, finalment, l'opció per una economia especulativa amb una confiança poc dissimulada en el retorn del *boom* del totxo per sostenir la recuperació de la convalescent economia espanyola.

En certa manera, aquestes idees —el consum irreflexiu i insostenible dels recursos, el finançament dels rics pels pobres a través de la socialització dels costos i l'impuls de l'economia especulativa— sembla que s'han convertit, en la mesura que sigui possible trobar una mica de coherència en la política econòmica erràtica i opaca del Govern espanyol, en la base per a les receptes per sortir de la crisi i en el transfons de les mesures legislatives que es van prenent per incidir en el sistema econòmic, a fi i a efecte de recuperar el creixement econòmic. En definitiva, es tracta d'impulsar un desenvolupament econòmic basat en un aprofitament immediat i massiu dels recursos naturals, sense prendre en consideració els efectes a mitjà i llarg termini, amb una lògica pròpia d'un capitalisme extractivista, sense cap sensibilitat per la innovació, la disminució de la petjada ecològica o l'adaptació a un escenari de recursos limitats i vulnerables —és a dir, amb una manca absoluta de pensament estratègic—.

La modificació de la Llei de Costes és una de les mostres més conspícues d'aquest tipus de polítiques, com ho és també el projecte del nou Pla Hidrològic per a la Conca de l'Ebre, que va ser informat favorablement pel Consell de l'Aigua de la Demarcació Hidrogràfica el 4 de juliol. L'aposta per l'augment del consum d'aigua és equivalent a l'ocupació massiva del litoral, això és, degradar i malbaratar recursos escassos a benefici d'un model econòmic l'obsolència del qual és cada dia més òbvia i,

particularment, sacrificar-los a l'obtenció de beneficis immediats per part d'uns quants mitjançant la creació d'un marc jurídic favorable a l'especulació i l'acaparament.

En aquest sentit, el maquillatge intentat mitjançant expressions com ara la que designa la llei aquí comentada (protecció i ús sostenible del litoral) no aconsegueix ocultar massa la manca d'iniciatives realment noves per afrontar l'escenari de crisi present, que, tot i que és sempre és arriscat fer previsions, apunta cap a la impossibilitat de reconstruir un context de prosperitat mitjançant les estratègies especulatives del *pan para hoy...* Cal dir que, en tot cas, no tota la responsabilitat és del Govern espanyol, ja que, en definitiva, la pressió sobre el deute i les polítiques impulsades des de la Unió Europea no sembla que deixin massa opcions obertes, tot impeding la disponibilitat de temps i recursos per afrontar els canvis estructurals que necessita l'economia espanyola i que es posen de manifest particularment quan es veu la seva dependència per crear riquesa immediata de la destrucció ambiental.

En aquest context, sembla normal que la societat o, almenys, la seva part més conscienciada es giri cap als tribunals de justícia a l'espera de rebre un cert emparament davant mesures que provoquen indefensió i frustració. Caldria esperar, doncs, que, de la mateixa manera que ha succeït amb les execucions hipotecàries, hi hagués una reacció en relació amb les polítiques de consum irresponsable dels recursos naturals a través de les quals s'intenta superar el context de crisi —si no, senzillament, crear oportunitats de negoci per a uns quants—. En aquest sentit, aquesta reflexió editorial no pot deixar de considerar la possibilitat d'utilitzar d'una vegada l'article 45 de la Constitució espanyola com a paràmetre de constitucionalitat en el control del legislador.

El secretari d'Ordenació del Territori i Sostenibilitat del PSOE, Hugo Morán, ha anunciat la interposició d'un recurs d'inconstitucionalitat contra la controvertida reforma de la Llei de Costes. Més enllà dels motius que tinguin a veure amb la inseguretat jurídica, que la recent STC 234/2012, de 13 de desembre, ha posat en valor, justament en una qüestió relativa a la protecció del medi ambient, seria bo que el Tribunal Constitucional superés la seva recança a utilitzar els articles del capítol tercer del títol primer en el control de constitucionalitat.

D'acord amb la pròpia idea d'Estat de dret, desenvolupada com a matriu per al control del poder, davant de la situació de desemparament per a molts ciutadans que creen determinades normatives que configuren nous contextos per al desenvolupament de



L'activitat econòmica, cal anar a les normes constitucionals que determinen un model de societat basat en la igualtat i la justícia —valors superiors proclamats per l'article 1.1 CE— per impedir les agressions sobre el patrimoni comú que suposen determinades polítiques econòmiques impulsades a través de modificacions legislatives. Tot partint de la idea de constitució normativa i de la constatació que la protecció del medi ambient forma part del pacte constituent —la qual cosa la col·loca fora de l'àmbit de disponibilitat del legislador en els seus aspectes essencials—, es tracta de projectar el control de constitucionalitat sobre aquelles normes que trenquen el consens social bàsic contingut en la Constitució en relació amb l'ús social dels recursos naturals.

L'article 45 CE és, en última instància, un límit negatiu per a l'activitat del legislador, que, tot i que pot escollir entre diverses opcions, no té a l'abast una llibertat absoluta en relació amb la configuració de l'estructura normativa del metabolisme social. Davant de les opcions normatives que sacrifiquen el benestar de les generacions futures i que generen una estructura econòmica regressiva que es projecta sobre el deteriorament ambiental, sembla un deure del Tribunal Constitucional fixar els elements essencials del pacte constituent com a límit infranquejable per a una majoria parlamentària —la que sigui— desesperada a l'hora d'aconseguir, a qualsevol preu, una tímida recuperació del PIB que pugui oferir a l'opinió pública i de mantenir el status de certs interessos empresarials vinculats a l'especulació.

## EDITORIAL

### **La sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso Kiobel: un paso atrás para el acceso a la justicia en materia ambiental y de derechos humanos**

La sentencia del 17 de abril de 2013 de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el asunto Kiobel, ha venido a restringir gravemente las posibilidades de utilizar el Alien Tort Claims Act (ATCA) de 1789 para reclamar, ante los tribunales federales de dicho país, una compensación en vía civil por las violaciones graves de derechos humanos y otras vulneraciones del derecho internacional.

La norma, en su breve texto, dispone que las Cortes de Distrito tienen jurisdicción para conocer de cualquier acción civil interpuesta por un extranjero por un agravio (*tort*) cometido en violación del derecho de las naciones o de un tratado de los Estados Unidos. (28 U.S.C. § 1350 (2004)). Tras estar en desuso durante décadas, ha sido utilizada, no sin dificultades, para reclamar reparaciones derivadas de violaciones a los derechos humanos desde el caso *Filártiga*, en 1980 (*Filártiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876, 890 (2nd Cir. 1980)). Después del caso *Filártiga*, que afirmó el carácter consuetudinario de la norma que prohíbe la tortura, otros casos han ido ampliando progresivamente el elenco de supuestos susceptibles de reclamación a través de la ATCA, para incluir, por ejemplo, supuestos de detenciones arbitrarias prolongadas, de ejecuciones extrajudiciales, de crímenes de guerra, de genocidio o de crímenes contra la humanidad. Y poco a poco un número considerable de empresas han sido también demandadas por su complicidad con este tipo de crímenes.

El caso Kiobel nos lleva al Delta del Níger, uno de los humedales y de los ecosistemas marinos más importantes del mundo. El impacto sobre el medio ambiente de la extracción de petróleo en Nigeria durante cinco décadas por parte de distintas empresas ha sido gravísimo a causa de la quema de los gases procedentes de las operaciones de obtención de crudo, de los continuos derrames y de la deforestación. Muchos nigerianos y nigerianas han vivido toda su vida en contacto físico con el petróleo por lo que el impacto negativo sobre su salud, sobre su economía de subsistencia y sobre su calidad de vida es imposible de valorar en términos monetarios.

Según el informe *Environmental Assessment of Ogoniland* encargado por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, con financiación de Shell, y hecho

público en agosto de 2011, la región es la zona más contaminada del mundo, ya que en ella se han vertido durante cada uno de los cincuenta años el equivalente al derrame causado en 1989 por el petrolero Exxon Valdez en Alaska. La recuperación total de la región requeriría entre 25 y 30 años de trabajo con un coste estimado solamente para los primeros cinco años de mil millones de dólares. Royal Dutch Shell opera en Nigeria desde 1957, haciéndolo actualmente a través de Shell Petroleum Development Company of Nigeria (SPDC), operadora de un consorcio en el que participan también Nigerian National Petroleum Corporation (NNPC), Elf Petroleum Nigeria Ltd. y Agip Nigeria Plc.

Durante estos años Shell ha colaborado con los distintos gobiernos nigerianos en distintos momentos para reprimir la oposición popular a la continuación de sus operaciones en la región, facilitando sus infraestructuras y apoyo logístico, y financiando a las tropas gubernamentales. En los años 80 la represión fue especialmente dura contra el pueblo ogoni —que habita la región del mismo nombre, en el Estado de Rivers— y la organización que lideraba la oposición, el Movimiento para la Supervivencia del Pueblo Ogoni (MOSOP). En 1994, junto a la destrucción de decenas de pueblos y aldeas, detenciones masivas, más de 100.000 desplazados internos y una cifra estimada de 2.000 civiles muertos, nueve miembros del MOSOP fueron detenidos y luego juzgados sumariamente, condenados por asesinato y ejecutados en 1995 en la horca.

Las acciones legales contra Shell han sido continuas durante estos años y se han planteado por distintas vías, obviamente, ante los tribunales nigerianos —pero también ante los tribunales de los Países Bajos, donde reside la empresa matriz (sentencias del Tribunal de Distrito de La Haya de 30 de enero de 2013); ante los órganos del sistema africano de protección de los derechos humanos (la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, adopto su decisión, en octubre de 2001); ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (sentencia de 14 de diciembre de 2012); y también en los Estados Unidos—.

Al amparo del ATCA se presentaron distintas demandas ante los tribunales civiles federales en Estados Unidos, en relación con la vulneración del derecho internacional por parte de la empresa Shell en Nigeria. Las más significativas son las relacionadas con los casos Wiwa —a Ken Saro Wiwa le fueron concedidos el Right Livelihood Award, en 1994, y el Premio Goldman, en 1995, por su defensa de los derechos humanos y el

medio ambiente— y Kiobel, presentadas por los familiares de los dirigentes del MOSOP ejecutados en 1995.

El caso Wiwa, iniciado en 1996, terminó en junio de 2009, por acuerdo entre las Partes cuando la celebración del juicio era inminente. El acuerdo previó el pago de un total de 15,5 millones dólares que cubría una compensación para los demandantes, una parte de los costos del proceso y el establecimiento de un fideicomiso en beneficio del pueblo ogoni. Durante esos procedimientos se aceptó, por parte de la Corte de Distrito Sur de Nueva York, la aplicabilidad del ATCA a los supuestos de crímenes contra la humanidad, tortura y detenciones arbitrarias y, por parte de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito, en Nueva York, la existencia de jurisdicción sobre las empresas demandadas (Royal Dutch Petroleum Company, Shell Transport and Trading Company y Shell Petroleum Development Company, la filial de Shell en Nigeria). Asimismo, se consideró la impertinencia en el caso de la doctrina del *forum non conveniens*, dada la condición de residentes en los Estados Unidos de algunos de los demandantes y el interés de los Estados Unidos en facilitar un foro donde acudir ante las violaciones de los estándares internacionales de derechos humanos.

El caso Kiobel se inició con la demanda presentada por Esther Kiobel, esposa del Dr. Barinem Kiobel, y otros, en septiembre de 2002 contra las mismas empresas, por su colaboración logística y financiera en la represión contra los ogoni, reclamando que las empresas demandadas fueran condenadas como cómplices en la comisión de torturas, ejecuciones extrajudiciales y otras violaciones de los derechos humanos, de conformidad con el ATCA.

En septiembre de 2006, el Tribunal del Distrito Sur de Nueva York aceptó las alegaciones de tortura, detención ilegal y crímenes contra la humanidad como fundamento válido de la demanda. Tras diversos recursos y decisiones contradictorios, el 21 de junio de 2010, el Tribunal de Distrito consideró que SPDC era una empresa nigeriana con sede en Nigeria, que no tenía oficinas ni domicilio comercial en Estados Unidos, por lo que no era posible establecer la jurisdicción de los tribunales federales sobre la empresa, desestimando la demanda contra SPDC.

Pero la decisión más significativa tuvo lugar el 17 de septiembre de 2010, cuando la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito, en Nueva York declaró que el ATCA no se podría utilizar para demandar a las empresas por considerar que no existía la responsabilidad directa de las empresas en el derecho internacional consuetudinario por

violación de derechos humanos y que ésta estaba limitada a las personas físicas. El voto particular del tercer juez, Pierre N. Leval, discrepó de este criterio al señalar que “[d]e acuerdo con la regla que mis colegas han creado, quien obtiene beneficios por la explotación comercial de los abusos en relación con los derechos humanos fundamentales puede proteger con éxito sus beneficios frente a las reclamaciones de compensación de las víctimas simplemente tomando la precaución de llevar a cabo tan odiosa operación en forma corporativa”.

En junio de 2011, los demandantes presentaron un recurso de apelación ante la Corte Suprema, que fue admitido el 17 de octubre de 2011. La Corte debía pronunciarse sobre la posibilidad de demandar a las empresas, en el marco del ATCA, en relación con las violaciones graves del derecho internacional consistentes en torturas, genocidio o ejecuciones extrajudiciales, de la misma manera que las personas físicas. Paralelamente el criterio de la Corte de Apelación del Segundo Circuito no había sido seguido por otras Cortes de Apelación que, con posterioridad a la decisión de la Corte de Apelaciones de Nueva York, se habían pronunciado en sentido contrario, afirmando la aplicabilidad del ATCA a las empresas.

De ahí, la trascendencia de la decisión de la Corte Suprema para el futuro de la aplicabilidad del ATCA a las empresas y la preocupación de las organizaciones de defensa de derechos humanos ante una Corte compuesta mayoritariamente por magistrados conservadores.

Pero tras la celebración de una audiencia, que tuvo lugar el 28 de febrero de 2012, el asunto fue remitido a una nueva audiencia en octubre del mismo año, para la cual las partes fueron emplazadas por la Corte Suprema a presentar escritos complementarios que abordasen una cuestión distinta a la suscitada inicialmente, que ya apuntaba la orientación que la mayoría pensaba adoptar, a saber, la de si y bajo qué circunstancias el ATCA permite conocer de las violaciones del derecho internacional que ocurren fuera del territorio norteamericano (*occurring within the territory of a sovereign other than the United States*).

Efectivamente, la Sentencia del 17 de abril de 2013 ha ido en este sentido. La mayoría de la Corte, formada por los magistrados Roberts, Scalia, Kennedy, Thomas y Alito, ha asumido una posición que se construye, como ha hecho en otros casos en los últimos años fuera del marco del ATCA (*Morrison v. National Australia Bank Ltd. et al.*, 130 S. Ct. 2869 (2010)), a partir de una presunción de que el ATCA no contempla la

extraterritorialidad, lo que que, su vez, se justifica en una interpretación gramatical e histórica de la norma, adoptada en 1789. La Corte recuerda algunos aspectos de lo que ya afirmó en relación con el ATCA en *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U. S. 692, 714 (2004), en el sentido de que la norma estaba pensada para un número limitado de asuntos, de los que, en el momento de su adopción, se identifican tres: la violación de salvoconductos, la vulneración de los derechos de los embajadores y la piratería. Y ninguno de ellos supone necesariamente que deba cometerse en el territorio de otro Estado soberano.

Además la mayoría de la Corte expresa su preocupación por el hecho de que aceptar la posición de los peticionarios implicaría que otros estados, aplicando también el derecho internacional, podrían someter a los nacionales de Estados Unidos ante sus tribunales por violaciones de normas internacionales que se produzcan en los Estados Unidos o en cualquier otra parte del mundo. Para la mayoría de la Corte, es importante evitar conflictos de leyes con otros Estados así como la interferencia de los tribunales en la política exterior del Gobierno, de lo que se desprende que los jueces deben ejercer sus poderes en el marco del ATCA con extremada precaución.

La mayoría de la Corte concluye que, en el asunto que se discute, todos los hechos relevantes tuvieron lugar fuera de los Estados Unidos, sin que el hecho de que algunos de los demandantes residan legalmente en los Estados Unidos parezca tener ninguna importancia. Incluso va todavía más allá, al señalar que si la reclamación afectara al territorio de los Estados Unidos, debería hacerlo con suficiente fuerza como para desplazar la presunción en contrario a la aplicación extraterritorial, precisando que las empresas están a menudo presentes en muchos países y que sería ir demasiado lejos considerar que la mera presencia de la empresa en los Estados Unidos es suficiente. Sin embargo, como señala la minoría de la Corte, la mayoría deja para otro día la determinación de las condiciones en que la presunción puede ser superada.

La minoría de la Corte, compuesta por los magistrados Breyer, Ginsburg, Sotomayor y Kagan coincide con la mayoría en considerar que el ATCA no debe aplicarse al caso *Kiobel* por apreciar que no existen suficientes elementos de conexión de Shell con los Estados Unidos, por lo que se carece de competencia personal sobre la empresa. Pero no coincide con el argumento principal de su razonamiento. Considera que no existe una presunción contraria a la extraterritorialidad en la aplicación del ATCA, por cuanto la piratería era uno de los delitos a los que inicialmente se trataba de hacer frente y no

comparte la posición de la mayoría de la Corte, en el sentido de que aplicar el derecho estadounidense a los piratas no representa imponerlo a conductas que ocurran en la jurisdicción territorial de otro Estado soberano, ya que la piratería se comete desde buques que tienen alguna bandera, que puede ser de un tercer país.

Por tanto, la minoría entiende que la interpretación que asimilaba el ATCA a una suerte de jurisdicción civil universal debe ser restringida a los casos en que se reúna algunas de las siguientes condiciones: cuando el acto ilícito alegado ocurra en territorio de los Estados Unidos; cuando el acusado sea un nacional de los Estados Unidos, y cuando la conducta del acusado perjudique de manera sustancial un interés nacional importante de los Estados Unidos, lo que incluye, parafraseando una expresión de *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U. S. 692, 732 (2004), un interés específico en prevenir que los Estados Unidos se conviertan en un refugio seguro para un torturador o un enemigo común de la humanidad (*preventing the United States from becoming a safe harbor — free of civil as well as criminal liability — for a torturer or other common enemy of mankind*)

Resulta evidente que la decisión de la Corte Suprema tiene una trascendencia enorme no tanto por el hecho de hacer más difícil la aplicabilidad del ATCA a las empresas, como se esperaba, sino porque hace mucho más difícil someter a los tribunales de los Estados Unidos una categoría mucho más amplia de casos: las violaciones de normas internacionales cometidas fuera de dicho país.

Si la posición minoritaria en la Corte no gana influencia, una buena parte de los casos en que se demande a ciudadanos o empresas no estadounidenses por hechos cometidos en terceros países contra ciudadanos de terceros países, aunque se trate de violaciones graves de derechos humanos, serán con toda probabilidad inadmitidos y los Estados Unidos podrán convertirse en un refugio seguro para sus autores. Además, està por ver, dada la parquedad del razonamiento expresado respecto de las condiciones para romper la presunción contraria a la extraterritorialidad, cuál será la posición de la mayoría cuando los acusados sean particulares o empresas nacionales de Estados Unidos.

### **Involución ambiental y respuesta constitucional**

Finalmente, como era previsible, la reforma de la Ley de Costas —aprobada mediante la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas— se ha sacado adelante. Ya nos referíamos, en el editorial del último número de la Revista a la polémica que ha rodeado esta reforma, que invierte la opción legislativa por recuperar y proteger la castigada costa española, para acompañar el proceso de degradación y ocupación que ha padecido, a pesar de la propias previsiones legales, en los años de la burbuja inmobiliaria.

La idea que subyace a la reforma es, fundamentalmente, alargar el período de concesiones sobre el dominio público marítimo-terrestre a 75 años, posponiendo el final del plazo de concesión, que finalizaba en 2018, y, en cierto modo, consolidando la ocupación y explotación del litoral en manos privadas, con la consiguiente externalización de los costes ambientales en el conjunto de la sociedad, mientras que los beneficios económicos inmediatos —y no sostenibles— son disfrutados justamente por sus miembros más afortunados.

Es obvio que hay muchos detalles en esta reforma, que meritara un estudio más reposado, pero la partitura general reposa sobre tres asunciones fundamentales que justifican este editorial: el sacrificio del medio ambiente a una economía agresiva de explotación inmediata que traslada una parte muy importante de sus costes a las generaciones futuras, la puesta a disposición de los actores privados en mejor situación económica del dominio público —con una socialización de los costes y una privatización de los beneficios en relación con su uso—, y, finalmente, la opción por una economía especulativa con una confianza poco disimulada en el retorno del *boom* del ladrillo para sostener la recuperación de la convaleciente economía española.

En cierto modo, estas ideas —el consumo irreflexivo e insostenible de los recursos, la financiación de los ricos por los pobres a través de la socialización de los costes y el impulso de la economía especulativa— parece que se han convertido, en la medida que sea posible encontrar una cierta coherencia en la política económica errática y opaca del Gobierno español, en la base para las recetas para salir de la crisis y en el trasfondo de las medidas legislativas que se van tomando para incidir en el sistema económico, a fin de recuperar el crecimiento económico. En definitiva, se trata de impulsar un desarrollo económico basado en un aprovechamiento inmediato y masivo de los recursos naturales, sin tomar en consideración los efectos a medio y largo plazo, con una lógica



propia de un capitalismo extractivista, sin ninguna sensibilidad por la innovación, la disminución de la huella ecológica o la adaptación a un escenario de recursos limitados y vulnerables —es decir, con una falta absoluta de pensamiento estratégico—.

La modificación de la Ley de Costas es una de las muestras más conspicuas de este tipo de políticas, como lo es también el proyecto del nuevo Plan Hidrológico para la Cuenca del Ebro, que fue informado favorablemente por el Consejo del Agua de la Demarcación Hidrográfica el 4 de julio pasado. La apuesta por el aumento del consumo de agua es equivalente a la ocupación masiva del litoral, esto es, degradar y malgastar recursos escasos en beneficio de un modelo económico cuya obsolescencia es cada día más obvia y, particularmente, sacrificarlos a la obtención de beneficios inmediatos por parte de unos cuantos mediante la creación de un marco jurídico favorable a la especulación y el acaparamiento.

En este sentido, el maquillaje intentado mediante expresiones como la que designa la ley aquí comentada (protección y uso sostenible del litoral) no consigue ocultar demasiado la falta de iniciativas realmente innovadoras para afrontar el actual escenario de crisis, que, aunque siempre es arriesgado hacer previsiones, apunta hacia la imposibilidad de reconstruir un contexto de prosperidad mediante las estrategias especulativas del pan para hoy... Debe decirse que, en todo caso, no toda la responsabilidad es del Gobierno español, ya que, en definitiva, la presión sobre la deuda y las políticas impulsadas desde la Unión Europea no parece que dejen demasiadas opciones abiertas, impidiendo la disponibilidad de tiempo y de recursos para afrontar los cambios estructurales que necesita la economía española y que se ponen de manifiesto particularmente cuando se ve su dependencia para crear riqueza de la destrucción ambiental.

En este contexto, parece normal que la sociedad o, al menos, su parte más concienciada mire hacia los tribunales de justicia a la espere de recibir un cierto amparado ante medidas que provocan indefensión y frustración. Debería esperarse que, del mismo modo que ha sucedido con las ejecuciones hipotecarias, hubiera una reacción en relación con las políticas de consumo irresponsable de los recursos naturales a través de las que se intenta superar el contexto de crisis —si no, sencillamente, de crear oportunidades de negocio para unos pocos—. En este sentido, esta reflexión editorial no puede dejar de considerar la posibilidad de utilizar de una vez el artículo 45 de la

Constitución española como parámetro de constitucionalidad en el control del legislador.

El secretario de Ordenación del Territorio y Sostenibilidad del PSOE, Hugo Morán, ha anunciado la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra la controvertida reforma de la Ley de Costas. Más allá de los motivos que tienen que ver con la inseguridad jurídica, que la reciente STC 234/2012, de 13 de diciembre, ha puesto en valor, justamente en una cuestión relativa a la protección del medio ambiente, sería bueno que el Tribunal Constitucional superase sus reservas a utilizar los artículos del capítulo tercero del título primero en el control de constitucionalidad.

De acuerdo con la propia idea de Estado de Derecho, desarrollada como matriz para el control del poder, ante la situación de desamparo para muchos ciudadanos que crean determinadas normativas que configuran nuevos contextos para el desarrollo de la actividad económica, habrá que ir a las normas constitucionales que definen un modelo de sociedad basado en la igualdad y la justicia —valores superiores proclamados por el artículo 1.1 CE— para impedir las agresiones sobre el patrimonio común que suponen determinadas políticas impulsadas a través de ciertas modificaciones legislativas. Partiendo de la idea de constitución normativa y de la constatación de que la protección del medio ambiente forma parte del pacto constituyente —lo que la coloca fuera del ámbito de disponibilidad del legislador en sus aspectos esenciales—, se trata de proyectar el control de constitucionalidad sobre aquellas normas que rompen el consenso social básico contenido en la Constitución en relación con el uso social de los recursos naturales.

El artículo 45 CE es, en última instancia, un límite negativo para la actividad del legislador, que, aunque puede escoger entre diferentes opciones, no tiene el alcance de una libertad absoluta en relación con la configuración de la estructura normativa del metabolismo social. Ante las opciones normativas que sacrifican el bienestar de las generaciones futuras y que generan una estructura económica regresiva que se proyecta sobre el deterioro ambiental, parece un deber del Tribunal Constitucional fijar los elementos esenciales del pacto constituyente como límite infranqueable para una mayoría parlamentaria desesperada —la que sea— a la hora de conseguir, a cualquier precio, una tímida recuperación del PIB que ofrecer a la opinión pública y mantener el status de ciertos intereses empresariales vinculados a la especulación.